

DO ABANDONO AFETIVO EM FAVOR DA CRIANÇA E PUNITIVE DAMAGES

AFFECTIVE ABANDONMENT IN FAVOR OF CHILDREN AND PUNITIVE DAMAGES

Mariana Santana Tavela¹

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade de indenização por danos morais oriundos do abandono afetivo sob o enfoque do “punitive damages”, que deveras é um tema relevante na esfera jurídica. O conceito de família passou, por modificações, e o direito necessita acompanhar elas; afinal, é necessário estabelecer critérios que possibilitem relações familiares saudáveis. Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram estabelecidos novos princípios ao Direito de Família, tais como: dignidade da pessoa humana e afetividade. Assim, se explanará os limites da responsabilidade parental, ponderando-se a possibilidade de indenização por danos morais advindos do abandono afetivo sobre um enfoque punitivo.

Palavras-Chave: Família. Responsabilidade Civil. Afetividade. Danos Morais. *Punitive Damages*.

Abstract: This work aims to analyze the possibility of compensation for moral damages arising from affective abandonment under the focus of "punitive damages", which is indeed a relevant topic in the legal sphere. The concept of family went through modifications, and the law needs to accompany them; after all, it is necessary to establish criteria that enable healthy family relationships. With the advent of the Federal Constitution of 1988, new principles of Family Law were established, such as: human dignity and affectivity. Then, the limits of parental responsibility will be explained, considering the possibility of indemnity for moral damages arising from emotional abandonment on a punitive approach.

Keywords: Family. Civil responsibility. Affection. Moral damages. Punitive Damages.

Sumário: 1. Introdução; 2. Das relações familiares à luz do ordenamento jurídico pátrio; 2.1 Aspecto histórico; 2.2 Princípio da afetividade; 2.3 Princípio da dignidade humana; 3. Do papel da Responsabilidade Civil para o resguardo dos valores familiares; 3.1 Conceito e espécies de Responsabilidade Civil 3.2 Do dano moral; 4. Da função punitiva (*Punitive Damages*) frente ao abandono afetivo; 4.1 Conceito e *Common Law*; 4.2 Abandono afetivo e função punitiva; 4.4 Controvérsias sobre a reparação no enfoque do instituto da *Punitive Damages*; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O conceito do instituto familiar modificou-se no decorrer do tempo, sofrendo inúmeras mutações. Partindo dessa premissa, resta conclusivo que a esfera jurídica necessita regulamentar as relações sociais, com o fito de proporcionar uma base familiar disciplinada e instituída em sociedade.

¹ Especialista em Direito Civil, Empresarial e Processo Civil; Advogada; Maringá, Paraná, Brasil; mariitavela@gmail.com.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, no Brasil, a família consagrou-se como base da sociedade, onde se modificou a ideia de patriarcalismo, até então existente no país. Tal mudança de paradigma, foi de suma importância para que novos princípios pudessem ser assinalados no Direito de Família, tais como: o da parentalidade responsável, o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade entre os filhos advindos ou não do casamento e o da afetividade.

Muito se discutiu na esfera jurídica se a Responsabilidade Civil poderia ser utilizada no âmbito do Direito de Família, tendo em vista o caráter extremamente subjetivo e humanitário que comporta tal disciplina.

Nesse sentido, analisar-se-á quais são as consequências para os filhos da ausência da figura paterna/materna nas relações familiares, com o fito de compreender a extensão do dano sofrido pelos primeiros, já que os deveres atinentes ao cuidado, educação, e, principalmente, o afeto não foram cumpridos.

Nesse contexto, destaca-se a importância de analisar de forma aprofundada as relações familiares, bem como seus direitos e deveres mencionados na Constituição Federal de 1988, para observar de fato o cabimento de indenização por danos morais sob enfoque punitivo decorrente de abandono afetivo.

2. Das relações familiares à luz do ordenamento jurídico pátrio

2.1 Aspecto histórico

A sociedade é dinâmica e apresenta inovações cotidianas. As relações sociais se transformam a cada dia, mudam-se os princípios que regem uma sociedade, modificam-se os costumes estabelecidos dentro da mesma. E o Direito como forma de assegurar a ordem e a justiça deve se adequar a todas essas alterações. É o que acontece em relação ao conceito de família, que se modifica com o tempo e se amolda na sociedade.

Analisar o significado da palavra família acaba sendo uma tarefa árdua e complexa, já que necessário observar vários aspectos, como explica Cristiano Chaves de Farias (2007, p. 2):

Sem dúvida, então, a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinariedade, máxime na sociedade contemporânea marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas.

Partindo do pressuposto de que a família é o primeiro agente socializador do ser humano, é importante observar que seu conceito passou por diversas modificações no decorrer dos anos,

consequência lógica de suas funções variadas exercidas dentro de uma sociedade, como explica Paulo Lôbo (2008, p. 2):

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e proporcional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre filhos – pátrio poder. A função religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida.

As mudanças do conceito de família no decorrer dos anos podem ser observadas quando se faz uma análise de como era sua respectiva função no estado primitivo, por exemplo, como explicado por Silvio de Salvo Venosa (2014, p. 3):

As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto da mãe, que alimentava e a educava.

Em outro viés, no Estado Romano importante analisar, que a família era organizada sob o princípio de autoridade, tendo em vista que o *pater familias* detinha o direito de vida e morte sob seus filhos e podiam, assim, castigá-los, vende-los e tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. (GONÇALVES, 2019, p. 15).

Nesse aspecto, deve se trazer à liça, os aspectos fúnebres do Estado de Roma e da Grécia salientado por Coulanges (1830-1889, p. 2):

Os ritos fúnebres mostram claramente que quando colocavam um corpo na sepultura acreditavam enterrar algo vivo. Virgílio, que sempre descreve com tanta precisão e escrúpulo as cerimônias religiosas, termina a narração dos funerais de Políodoro com estas palavras: “Encerramos a alma do túmulo.” — Idêntica expressão encontra-se em Ovídio e em Plínio, o Jovem; não que elas correspondessem à idéia que esses escritores tinham da alma; mas, desde tempos imemoriais, essa crença perpetuara-se na linguagem, atestando antigas crenças populares.

De mais a mais, Roberto Senise Lisboa (2010, p. 23) menciona as duas concepções básicas de família e do casamento, dentro da sociedade grega e romana, qual seja, o dever cívico e a formação da prole:

Tanto os gregos como os romanos tiveram, basicamente, duas concepções acerca da família e do casamento: a do *dever cívico* e da *formação da prole*.

Inicialmente, a união entre o homem e a mulher era vista como um dever cívico, para os fins de procriação e desenvolvimento das novas pessoas geradas, que serviriam aos exércitos de seus respectivos países, anos depois, durante a juventude.

Diante desse objetivo, a prole masculina era muito mais esperada que a feminina, tendo-se a perspectiva do fortalecimento dos exércitos, de novas conquistas e da

segurança da nação, com preponderância dos nascimentos de crianças do sexo masculino.

Se, a família Romana era uma instituição marcada pela multiplicidade funcional, a família cristã se afirmou em um modelo patriarcal, influenciada pela Igreja Católica, que, na época, se confundia com o Estado. A família era fundada no casamento, que se tornou sacramento, instituindo-se como modelo no ocidente até a Idade Moderna, sendo marginalizado qualquer outra modalidade de formação familiar (GAGLIANO, 2011, p. 51).

A mudança de paradigma surgiu logo após a Revolução Industrial, tendo em vista que houve a necessidade de mão de obra pelas atividades terciárias que surgiram na época. Com isso, a mulher ingressou no mercado de trabalho, não sendo mais o homem a única fonte de subsídio de toda a família. As famílias começaram a migrar para as cidades e conviver em espaços menores, levando-se assim a aproximação de seus membros, surgindo o laço de afetividade envolvendo seus integrantes. (DIAS, 2013, p. 28)

É preciso salientar, como o afeto começou a se tornar importante dentro do convívio familiar, já que, antigamente, a mesma era unida com o objetivo de cultivo da terra - união de pessoas com o mesmo ancestral e marcada pelo sistema patriarcal, eivados pela obediência.

Essa característica da família do passado cedeu-se espaço para a família moderna, onde a solidariedade, o afeto e a igualdade entre os membros são características reais, como menciona Beatrice Marinho (2009, p. 43):

O que parece mais importante na caracterização da família são os laços de afeto que se formam entre as pessoas que convivem, dividem experiências e têm um projeto de vida em comum, encontrando umas nas outras um refúgio afetivo e um suporte não apenas material, mas psíquico, que lhes fornece a segurança de que necessitam para se constituírem enquanto sujeitos, conviverem com outros sujeitos e irem atrás de suas metas na esfera social. E isto pode ser encontrado nas mais diversas configurações, devendo todas elas serem reconhecidas e protegidas como entidades familiares que são.

No Brasil, especificamente, a família foi altamente influenciada pelas características romana, canônica e germânica. Tão somente a partir da promulgação da Constituição de 1988, foi percebido a tutela de igualdades decorrente do direito de família (DIAS, 2013, p. 30):

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher, e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção a família constituída pelo casamento, bem como a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, garantindo-lhe os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações

acabaram derogando inúmeros dispositivos de legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

Assim, pode ser observado que a Constituição Federal de 1988 é um marco no Direito Brasileiro, tendo em vista que esta foi de extrema importância para o reconhecimento da instituição familiar no país. Doravante a partir dela que o sistema jurídico brasileiro se fortaleceu embasado no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é considerado fundamento da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido no artigo 1º, III da CF/88.

Sendo assim, a proteção ao núcleo familiar se embasa na tutela da própria pessoa humana, sendo inaceitável (e inconstitucional) toda e qualquer forma de violação da dignidade da pessoa humana, sob o pretexto de garantir proteção à família. O espaço da família na ordem jurídica se justifica como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana.

2.2 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade é o reflexo da dignidade da pessoa humana dentro das relações familiares, tendo em vista que este é a base do âmbito familiar e da solidariedade. O que justifica a existência da família é a afetividade existente entre seus membros, assim como não há nada melhor que diferencie as relações familiares amparadas pelo Direito do que a existência do afeto entre seus membros (DINIZ, 2013, p. 46).

O afeto é o sentimento que move as relações familiares, por isso tão complicada as resoluções de conflitos existentes dentro desse âmbito, já que deve resolver tais conflitos não só de forma objetiva, como também deve ser observada a subjetividade dentro dos relacionamentos que são muitas vezes complexos, para se chegar a uma resolução.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família passou a contar com contornos que não tinha anteriormente: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio da afetividade apregoou a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos, bem como o respeito a seus direitos fundamentais, sendo certo que o sentimento de solidariedade foi altamente influenciável, não podendo existir o prevailecimento de interesses patrimoniais (LÔBO, 2008, p. 71).

Interpretar o Direito de Família, observando o princípio da afetividade, significa não só aplicar ao caso concreto uma interpretação racional, mas, acima de tudo, devem ser

compreendidas as partes envolvidas, respeitando e valorizando, os laços afetivos que unem cada um de seus respectivos membros (GAGLIANO, 2011, p. 92).

Assim, não se deve desconsiderar a afetividade que alimenta as relações familiares, para levar em consideração somente a letra seca da lei ou laços estritamente biológicos, para resolver questões de cunho patrimonial, pessoal e assistencial.

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as normas atinentes ao direito de família tornaram-se mais fortes, principalmente porque houve a preocupação em fazer com que as normas se adequassem à evolução social vivida, bem como a instituição dos deveres dos membros familiares e a disposição do princípio basilar do texto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, pode ser observado que a Constituição Federal de 1988 é um marco no Direito Brasileiro, tendo em vista que esta foi de suma relevância para o reconhecimento da instituição familiar no país. Foi a partir dela que o sistema jurídico brasileiro se fortaleceu embasado no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é considerado fundamento da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido no artigo 1º, III da CF/88.

A dignidade da pessoa humana é um ambiente existencial e essencialmente comum a todos os seres humanos, regendo-se um dever legal ao respeito, proteção e intocabilidade. Desta forma, infringe a dignidade da pessoa humana, toda conduta que é capaz de tornar a pessoa um objeto, ou seja, que equipare o ser humano à coisa (LOBÔ, 2011, p. 60).

Sobre respectivo princípio, deve ser salientado a lição de Luis Roberto Barroso (2010, p. 37):

A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia direta significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia interpretativa significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia negativa paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível – ou produza, no caso concreto, resultado incompatível – com a dignidade humana.

O direito de família está extremamente ligado aos direitos humanos, e estes têm como base o princípio da dignidade humana. Este princípio assevera a dignidade que deve existir em toda entidade familiar. Sendo assim, é indigno ter tratamentos diferenciados a diversas formas de filiação ou várias formas de tipo de constituição de família (DIAS, 2013, p. 45).

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, constitui base da entidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente no que tange a criança e o adolescente (GONÇALVES, 2009, p. 18).

3. Do papel da Responsabilidade Civil para resguardo os valores familiares

3.1 Do conceito e das espécies da Responsabilidade Civil

A palavra responsabilidade tem origem do verbo latino *respondere* que significa obrigação que determinado agente tem em responder às consequências jurídicas de sua atividade (GAGLIANO, 2012, p. 46).

Desta feita, a ofensa a bens jurídicos pode provocar o dever de reparar, e neste sentido, Maria Helena Diniz (2011, p. 50) leciona que a responsabilidade civil pode ser definida como:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Assim, a violação de um dever jurídico configura um ilícito, que acarreta um dano para outrem, que é capaz de gerar um novo dever jurídico, qual seja: o de reparar o dano. Dessa forma, a violação de um direito gera o dever secundário de indenizar o prejuízo (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 2).

Ao se analisar o artigo 186² do Código Civil, pode-se extrair os elementos que ensejam a responsabilidade civil, quais sejam: conduta humana (negativa ou positiva), dano ou prejuízo, e nexos de causalidade (GAGLIANO, 2012, p. 74).

Como primeiro requisito, tem-se a conduta do agente, que se entende como o comportamento voluntário que se externaliza através de uma conduta humana, que é capaz de produzir consequências jurídicas (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 25).

² Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Desta forma, não haverá responsabilização dos danos provocados pela ausência de voluntariedade na conduta do agente. Por outro lado, há antijuridicidade, quando um ato ou um fato ofende direito alheio de modo contrário ao direito - independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente, e ser atribuível a alguém.

Logo, deve-se conceituar o dano como sendo uma lesão a um interesse jurídico tutelado, podendo ser patrimonial ou não, causado por uma ação ou omissão do agente. (GAGLIANO, 2012, p. 88).

Ainda, salienta-se o que disserta Elucida Rodrigo Mendes Delgado (2011, p. 26):

O núcleo da responsabilidade Civil é o dano. Somente onde há dano, o instituto da responsabilidade Civil se faz presente. Pois, se não há dano, não há dever de reparar, se não há dever de reparar, há um nada jurídico a ser analisado, uma situação sem importância, sem conotação jurídica alguma.

Destarte, é possível classificar o dano em três tipos, sendo estes de cunho patrimonial, extrapatrimonial e o moral. No que tange ao dano patrimonial nota-se que este é de fácil constatação e mensuração monetária, vez que se trata de dinheiro ou de coisas passíveis de serem convertidas e obtidas através de pecúnia. Em relação ao dano extrapatrimonial ou hiperpatrimonial tem-se que estes danos se verificam mormente, no meio ambiente, pela natureza devastada, degradação de centros históricos ou patrimônios naturais e artísticos da humanidade, não raras vezes, decorrentes de práticas ilícitas e abusivas de empresas movidas pelo capitalismo degradante (DELGADO, 2011, p. 41).

Por fim, tem-se o nexa causal, último requisito que enseja a responsabilidade civil, que tem como escopo ser o liame entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. O nexa causal é constituído como um elemento imaterial, sendo objetivamente uma relação de causa e efeito entre a conduta e o dano suportado por alguém. O nexa de causalidade é o elemento que liga a conduta e o dano (TARTUCE, 2008, p. 190).

Portanto, é de se reconhecer a importância do nexa causal para imputação da responsabilidade a alguém, tendo em vista que sem este liame o dano não será atribuído ao agente causador.

3.2 Do dano moral

A responsabilidade civil tem como requisitos a conduta, o nexa causal e o dano, podendo atingir a esfera patrimonial (danos materiais) e extrapatrimonial da vítima (danos morais).

O dano moral é o dano que atinge o ofendido como pessoa, e não o seu respectivo patrimônio. É a lesão que ofende os direitos da personalidade, como por exemplo a honra, a dignidade, como se analisa nos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, acarretando ao ofendido dor, tristeza, sofrimento, vexame e humilhação (GONÇALVES, 2012, p. 332).

A dor, a humilhação, o sofrimento e o vexame devem ser consequências do dano moral e não a sua causa. Assim, para a sua configuração o dano moral só deve ser reputado aos sentimentos que fogem da normalidade e interfira diretamente no estado psicológico da vítima, causando aflições, angústias, desequilíbrio ao seu bem-estar (CAVALHIERI FILHO, 2012, p. 93).

Desta forma, o dano moral não é causado por uma perda pecuniária, mas abrange em todos os aspectos a reputação da vítima (LOPES, 2006, p. 274). Sendo assim, pode-se mencionar que o dano moral é a ofensa daquilo que não se pode quantificar e daquilo que não é comerciável, sendo a ofensa direta aos direitos personalíssimos.

Diante disso, é de se reconhecer que a dificuldade de mensurar o dano e arbitrar a condenação não pode ser argumento para afastar a possibilidade de compensação, que servirá para atenuar a dor e o sofrimento e não para retomar o *status quo ante*.

Nesse aspecto, a doutrina majoritária atribui ao dano moral uma dupla natureza jurídica: compensatória e punitiva. Compensatória porque o objetivo é satisfazer a vítima pelo fato da lesão sofrida, e punitiva porque a finalidade é reprimir o agente causador do dano pelo ato praticado. Contudo, o cunho principal é compensar o dano sofrido e não impor uma pena (OLTRAMARI, 2006, p. 14).

Importante salientar que a função punitiva tem como objetivo aplicar ao agente causador do dano uma pena pelo ato que foi praticado. Ocorre que esse não é o foco principal da responsabilidade civil, já que pretensão punitiva é intrinsecamente ligada ao Direito Penal (NORONHA, 2007, p. 438).

Perante admissibilidade de indenização por danos morais, tal tema leva a discussão sobre a aplicabilidade dos preceitos da responsabilidade civil, serem levados ao âmbito de Direito de Família, já que este é um ambiente no qual há a ocorrência de lesão aos direitos da personalidade, bem como de situações de caráter extremamente subjetivas.

4. Da função punitiva (*Punitive Damages*) frente ao abandono efetivo

4.1 Conceito e sistema *Common Law*

O instituto do *punitive damages* retratou sua causa no direito inglês no século XIII no Estatuto de Gloucester de 1278 (SOARES, 2000, p. 40)

Desta feita, a primeira previsão de indenização múltiplicativa no direito anglosaxônico foi o *Statute of Gloucester*, da Inglaterra, em 1278, sendo sua base a ser desenvolvida no século XVIII, criando-se a doutrina *damages*, como um mecanismo de fundamento para atribuição de indenização ante a inexistência de prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 239)

Afora de fixação de um montante compensatório do prejuízo sofrido, ao aplicar o *punitive damages*, os quais expressam vultosas quantias em dinheiro, o Estado visa também demonstrar que determinadas condutas são mais censuráveis e, conseqüentemente, não aceitas no ordenamento jurídico. Desta feita, a concessão dos *punitives*, está ligada ao caráter preventivo considerando que se pretende evitar condutas a praticada de condutas semelhantes (VAZ, 2009, p. 50).

A indenização punitiva surge como instrumento jurídico planejado a partir do princípio da dignidade humana, voltada a ideia da pena à indenização do dano moral, a qual pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. (ANDRADE, 2009, p. 2)

Portanto, o instituto mencionado compreende a somatória de uma monta exponencialmente superior ao devido à compensação do dano, ao ser vislumbrado no caso concreto com vistas a impedir o agente de cometer novos ilícitos (MARTINS-COSTA, 2005, p. 16).

Assim, o instituto dos *punitive damages* enfatiza a punibilidade da responsabilidade Civil e, enfatiza a sanção desta natureza como um símbolo de respeito à dignidade humana, bem como de proteção contra abusos de poder, coibindo condutas consideradas intoleráveis, humilhantes, vexatórias, para os padrões morais vivenciados na sociedade. (VAZ, 2009, p. 54).

Já em relação a possibilitar a aplicação dos *punitive damages*, não há de se falar em seu emprego sem que seja observado a graduação da culpa e o nível econômico do lesante. Além

disso, resta passível a aceitação do caráter punitivo em situações que se vislumbra lesões para um enorme número de agentes, como acontece, por exemplo no Direito Ambiental (GARCIA, 2009, p. 263).

Registra-se, que mesmo embora a aplicação do instituto mencionado visa a tentativa de coibir o lesante a novas condutas danosas, deve ser mencionado posicionamentos desfavoráveis à aplicação da teoria do desestímulo, elucidando que no ordenamento jurídico pátrio não há previsão da aplicação do caráter punitivo, sendo que tal teoria seria uma afronta ao que resta dissertado no Código Civil que dispõe que a indenização se mede pela extensão do dano.

Nesta senda, Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 14), assevera:

[...] em nosso sistema de garantias constitucionais, somente podem ser criadas e aplicadas por força de lei. Se não existe lei alguma que tenha previsto pena Civil ou criminal para o dano moral em si mesmo, ofende à Constituição a sentença que exacerbar a indenização, além dos limites usuais, sob o falso e injurídico argumento de que é preciso punir o agente exemplarmente, para desestimulá-lo de reiterar em semelhante prática.

Desta maneira, a sistemática trazida pelo Código Civil Brasileiro, é a função da responsabilidade civil por dano moral de natureza compensatória e reparatória, não se observando a função punitiva (LIMA, 2010, p. 343-375).

Registra-se, que o respaldo que vem sendo atribuído à função punitiva do dano moral deveria ser realizado com precaução, para não ensejar confusões com a indenização punitiva da *Common Law*, considerado que a referida é diversa da brasileira, bem como afastada de respaldo legal (SANSEVERINO, 2010, p. 273).

4.2 *Abandono afetivo e a função punitiva*

No princípio, as relações familiares não se baseavam pela proteção e generosidade, mas se concretizavam pela dominação, onde a vontade paterna se sobressaía. Desta forma, somente após o decorrer de anos, em que ocorreu uma quebra de paradigma, que a responsabilidade paterna passou a ser vista como um dever e não um poder dos pais. (HIRONAKA, 2002, p.12)

Com relação à formação familiar é preciso considerar que, hoje, a visão de família é muito diferente da visão existente no início do século passado, onde a família era essencialmente formada para satisfazer um núcleo econômico e reprodutivo. A família de hoje é formada através de laços de amor e afeto, onde a sexualidade vai muito além da reprodução da espécie humana. (DIAS, 2013, p. 452)

Desta forma, é evidente que a presença dos pais na vida de seus filhos é de suma importância, prova disso é que a Constituição Federal de 1988, no § 7º do artigo 226, consagrou o direito do planejamento familiar, calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, constituindo assim uma obrigação, onde os pais devem prover um crescimento saudável e adequado para o seu desenvolvimento. (CARDIN, 2012, p. 71)

Primeiramente, cabe mencionar que a posição doutrinária que defende a condenação por danos morais advindo do abandono afetivo assevera que para haver a realização da dignidade da pessoa humana e outros direitos personalíssimos devem estar inseridos a solidariedade familiar, afeto, amor e respeito.

O que envolve o ser humano e serve como uma subjetividade decisiva na psique é a afetividade, não podendo ser desmembrada do seu crescimento de forma de criação. Deve ser salientado que o afeto é fundamental para o crescimento da vida psíquica e emocional do ser humano. (RIZZARDO, 2007, p. 685-686)

Logo, é de reconhecer que a ausência de afeto gera prejuízos para o ser humano, envolvendo a realização pessoal e a felicidade do mesmo. Nessa toada, como o abandono pode acarretar vários danos, principalmente no que tange ao desenvolvido do menor, deve ser utilizado os requisitos da Responsabilidade Civil para analisar a possibilidade ou não da condenação ao pagamento da indenização.

Quando os deveres que tangem ao poder familiar são desobedecidos causando danos em relação aos filhos, é adequada a aplicação das normas de responsabilidade civil, com a posterior condenação do genitor na reparação necessária. (MONTEIRO, 2009, p. 428)

Assim, resta para a comunidade jurídica o questionamento acerca da finalidade da indenização, já que em situações como essa não se pode voltar ao *status a quo*, além do fato que não tem como transformar em valores o afeto nunca tido.

O tema da possibilidade de indenização por danos morais advindo do abandono paterno afetivo, ainda é muito restrita e controversa na seara jurídica brasileira. Referido assunto, encontra determinada resistência em nossos Tribunais, tendo em vista o caráter subjetivo de quantificar a ausência de afeto.

As decisões que embasam a possibilidade de indenização nesses casos salientam que a ausência de amor não pode ser caracterizada como um ato ilícito, mas sim a falta dos deveres atinentes ao planejamento familiar e paternidade responsável.

Nesse âmbito de decisões favoráveis³, a indenização de dano moral pelo abandono afetivo, não se pode deixar de mencionar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça de caráter inédito, no Recurso Especial n. 1.159.242/SP, julgado em abril de 2012, onde a maioria dos Ministros manteve a condenação realizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo o pai que realizar à filha o pagamento decorrente do abandono afetivo, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

A Ministra salientou, ainda, que o dever de cuidado é intrínseco a função parental, sendo analisado por elementos objetivos, de cunho concreto. Esta menciona ainda, que se discute nesses casos não é a falta de amor, e sim a ausência de cuidado que é dever das pessoas que geraram ou adotaram.

Portanto, a condenação em danos morais no que tange ao abandono afetivo visa compensar o dano sofrido, inibindo ações semelhantes e evitar que determinadas ocasiões sejam causadas aos filhos, em outras situações semelhantes, não se vislumbrando o aspecto punitivo em sua aplicabilidade.

4.3 Controvérsias sobre a reparação no enfoque do instituto da “Punitive Damages”

Conforme analisado, assevera-se resistência quanto a aplicabilidade do instituto da função punitiva pela doutrina brasileira. Ainda que seja um assunto polêmico, procuraram os julgadores, quando da apreciação ao caso concreto, inibir novas práticas delitivas reprovando a conduta do agente provocador do dano. (STOCO, 2013, p. 159)

Por outro lado, a jurisprudência pátria, apresenta uma posição mais latente ao observar a aplicabilidade do caráter punitivo ao dano moral, sendo observado suas características em alguns julgados.

O Supremo Tribunal Federal, já mencionou a função punitiva, no sentido de que a indenização deve contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo-se, sua conduta antijurídica. O caso em questão aduzia sobre a responsabilidade objetiva da Fundação

³ Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1087561/RS, Ministro Relator: Raul Aarújo, Data publicação: 13.06.2017; Superior Tribunal de Justiça. REsp 1698728/MS, Ministro Relator: Mouro Ribeiro, Data publicação: 04.05.2021;

Universidade Federal de Mato Grosso, mantenedora do Hospital Universitário Julio Müller, responde objetivamente pelos danos resultantes de ato cirúrgico sofridos pelo autor. O STF, aduz sobre a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (*punitive damages*), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial.⁴

O Superior Tribunal de Justiça, também trata o dano punitivo em seus entendimentos, como por exemplo, no julgamento do REsp n. 1440721/GO em outubro de 2016, considerou o valor de R\$ 250.000,00 a título de danos morais adequado ao caso concreto, que ao publicar uma biografia sem autorização, vinculou notícias falsas como se verdadeiras fossem ofendendo a honra do lesado.

Vislumbra-se, dos julgados apresentados⁵ que a manutenção ou majoração da condenação, foram observadas ao caso concreto, analisando-se a gravidade do ato ilícito e do dano causado, as condições econômicas das partes envolvidas e o grau de reprovabilidade da conduta.

Dessa forma, observa-se que na prática, a jurisprudência de forma tímida confirma a função punitiva do dano moral, mas tal reconhecimento não guarda relação aos valores arbitrados a título de danos morais, considerando que são raros os casos concretos em que as condenações apresentam *quantum* expressivos para indenizações capazes de ensejar o caráter punitivo nas decisões proferidas.

Nessa consonância, e possível concluir que em relação a condenação de dano moral frente ao abandono afetivo, também não é diferente. Percebe-se que considerando as controversas que emergem sobre o viés punitivo da Responsabilidade Civil, mostra-se assente que os entendimentos que permitiram a reparação do dano moral decorrente ao abandono afetivo têm como característica o caráter compensatório e pedagógico do referido instituto.

Nesse aspecto, Claudia Maria da Silva assevera (2004, p. 143):

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável.

⁴ Supremo Tribunal Federal. AI: 455864 RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Publicação: 21.10.2004.

⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp 839.923/MG, Relator: Ministro Raul Araújo; Superior Tribunal de Justiça - REsp 1.171.826/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

Destarte, pode ser observada a função pedagógica para toda comunidade com a indenização dos pais pelo abandono afetivo de seus respectivos filhos.

A indenização serve para desestimular a prática da paternidade irresponsável, não sendo a falta de amor o objeto da indenização, e sim a falta de amparo material e imaterial advinda da responsabilidade paterna. (BASTOS, 2008, p. 79)

Ademais, a indenização por abandono afetivo, tem a finalidade de desempenhar papel pedagógico. Trata-se de situação de correção da falta de comprometimento das obrigações parentais, compensando o dano causado e evitando situações parecidas, não se evidenciando, desta feita, a natureza punitiva na condenação de danos morais decorrente do abandono afetivo.

5. Conclusão

Após percorrer tema chega-se às seguintes conclusões:

A família passou por diversas modificações no decorrer do tempo, mas a característica principal que marcou a referida instituição durante a Antiguidade até a Idade Contemporânea, foi o regime patriarcalista, sofrendo o Brasil sofreu influência legislativa da família romana, germânica e canônica.

A quebra de paradigma no que tange ao Direito de Família só ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da dignidade humana, responsabilidade parental, e principalmente o princípio da afetividade.

Fora percebido que instituto da responsabilidade civil pode ser utilizado no âmbito das relações familiares, desde que reste comprovados a conduta do agente, nexos causal e o dano decorrente do ato ilícito.

O dano moral tem caráter subjetivo, já que sua decorrência deriva da afronta direta aos direitos da personalidade. O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, assegura o direito à indenização por danos morais.

A discussão sobre possibilidade de indenização de dano moral em relação ao abandono afetivo, reside no fato de existir o dever de cuidado que devem ser desprendidos à criança ou ao adolescente. Deve-se repisar que a sistemática não se alicerça em quantificar amor, carinho ou afeto, e sim se fortalece na medida que a indenização pode ser utilizada para minimizar o dano sofrido na situação de abandono.

Independente de a discussão ser de cunho subjetivo ou não, se o dano ocorreu de forma efetiva, e a conduta ilícita da figura paterna/materna foi realizada, já que infringiu preceitos e princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, o filho deve ser indenizado, consoante já restou entendido pelos Tribunais pátrios.

Ainda, fora detalhado a frente punitiva do dano moral, em que se observou que a jurisprudência assenta de modo tímido o instituto do *punitive damages*, haja vista são raros os casos concretos em que as condenações apresentam *quantum* expressivos para indenizações capazes de ensejar o caráter punitivo nas decisões proferidas.

Especificamente quanto a natureza dos danos morais relacionado ao tema de abandono afetivo, tem-se que a função punitiva, não é diverso. Observa-se, de modo iminente o caráter o caráter compensatório e pedagógico da Responsabilidade Civil, não se vislumbrando a aplicação punitiva frente a tal vertente.

6. Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os Punitive Damages na experiência do Common Law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO. Luís Roberto, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. **Mimeografado**, dezembro de 2010.

BASTOS, Eliene Ferreira. A responsabilidade civil pelo vazio do abandono. In: BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes. (Coord.) **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALHIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. **Dano social nas relações de consumo**. Dissertação de mestrado em direito - Faculdade de Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007.

COULANGES, Fustel de. A formação da cidade. In: **A cidade antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: Como chegar até ele**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Leme: J H Mizuno, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade da pessoa humana (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl..São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno filial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Direito à reparação civil do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho: dano moral e personalidade do nascituro. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades IV: teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família/sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da Responsabilidade Civil. In: COUTO, Sergio. SLAIBI FILHO, Nagib. **Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, Jan./Mar. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e atu. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafio da contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte, ano 11, n. 12, out./nov. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei nº 10.406 de 10.01.2002.3.** ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 6, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

THEODORO Jr., Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.